

I consulenti ed esperti negli enti pubblici della Regione Siciliana

Salvatore Ficarra

Direttore Amministrativo Azienda Sanitaria Provinciale di Enna

Sommario: 1. Premessa - 2. Normativa di riferimento - 3. Natura giuridica dell'incarico di consulente/esperto - 4. Ambito di applicazione - 5. L'incarico di esperto negli EE.LL. - 6. La scelta del consulente/esperto - 7. Accertamento dei requisiti - 8. Divieto di cumulo - 9. Incompatibilità - 10. La copertura finanziaria - 11. Legittimità degli incarichi a titolo gratuito - 12. Gli obblighi di pubblicità - 13. La particolare disciplina prevista per le aziende sanitarie e gli enti pubblici del settore della Regione Siciliana

1. Premessa

La Pubblica Amministrazione, al di là di ogni preconcepita demonizzazione degli incarichi esterni (derivante da un distorto uso che, nel passato, si è fatto degli stessi), per la soluzione di specifici problemi può ottenere dei vantaggi concreti ricorrendo alla nomina del "consulente", per le caratteristiche proprie di tale istituto quali:

- 1) la non necessità di assumere a tempo indeterminato un professionista;
- 2) la possibilità di disciplinare in modo "elastico" il rapporto professionale, senza cioè essere imbrigliato dalle stringenti norme (anche contrattuali) previste per il pubblico impiego;
- 3) la possibilità di vincolare il compenso esclusivamente al risultato;
- 4) la velocizzazione del procedimento di reclutamento (non vincolato dalla pubblicazione sulle gazzette regionali e nazionali);
- 5) la possibilità di reperire professionalità specifiche adatte alle soluzioni del problema;
- 6) la possibilità di reperire risorse per la soluzione di problemi contingenti anche in presenza dei sempre più stringenti divieti di assunzione di pubblici dipendenti.

L'eccessivo ricorso alle consulenze ha indotto il legislatore, statale e regionale, ad emanare numerose norme (seguite da numerose direttive dei diversi apparati burocratici) tra loro non coordinate che, sovrapponendosi, creano incertezze e difficoltà interpretative di non poco conto, soprattutto per le pesanti sanzioni (civili, penali amministrativo-contabile) cui può andare incontro il pubblico amministratore.

Si propone di seguito una breve ricostruzione del quadro normativo vigente, integrato dalle direttive statali/regionali più rilevanti.

2. Normativa di riferimento

Le principali disposizioni che disciplinano la materia sono contenute nelle seguenti:

a) Norme

- L. n. 142 dell'8.6.1990 (art. 55 c. 5);
- L.R. n. 44 del 3.12.1991 (art. 13);
- L.R. n. 7 del 18/8/1992;
- L.R. n. 19/1997;
- D.Lgs. n. 267/2000 s.m.i. (art. 246);
- D.Lgs. n. 165/2001 s.m.i. (art. 7 e art. 53);
- L. n. 311/2004;
- L. n. 244 del 24.12.2007;
- L.R. n. 5/2009, art. 21 (per le aziende ed enti sanitari);
- Leggi finanziarie tempo per tempo vigenti che stabiliscono i tetti di spesa che non possono essere superati dalle singole amministrazioni;

b) Circolari

- n. 19 del 17.7.2003 dell'Assessorato Regionale Bilancio e Finanze;
- n. 17/2005 (trasmessa alle singole PP.AA. con nota n. 6170 del 23.12.2005) dell'Assessorato Regionale delle Autonomie Locali;
- n. 5/2006 del 21.12.2006 Funzione Pubblica;
- n. 2/2008 dell'11.3.2008 della Funzione Pubblica;

c) Delibere

- n. 17/2005 della Corte dei Conti sezione controllo per la Regione Siciliana;
- Linee di indirizzo alla L. n. 311/2004 emanate dalla Corte dei Conti a sez. riun. nell'adunanza del 15.2.2005;
- n. 25 del 19.11.2010 Corte dei Conti sez. centrale di controllo.

Dal combinato disposto delle norme/direttive/delibere sopra citate, devono rilevarsi quali sono i presupposti giuridici per il corretto conferimento degli incarichi di che trattasi.

3. Natura giuridica dell'incarico di consulente/esperto

La sovrapposizione di norme e direttive in materia di consulenza ha, tra l'altro, reso difficile l'individuazione della natura giuridica di tali incarichi.

A diradare i dubbi è intervenuta, da ultimo, la circolare della Funzione Pubblica n. 2/2008, la quale ha chiarito che l'art. 7 comma 6 del D.Lgs. n. 165/2001 s.m.i. prevede una ipotesi di lavoro autonomo, che a sua volta può essere configurabile come:

1. collaborazione occasionale ex art. 2222 del cod. civ., nel caso di prestazione episodica, che si svolge in maniera saltuaria e autonoma, caratterizzate dal c.d. "*intuitu personae*";

2. collaborazione coordinata e continuativa ex art. 2230 del cod. civ. caratterizzata dalla continuazione della prestazione e dalla coordinazione con l'organizzazione e con i fini del committente, dove quest'ultimo conserva non un potere di direzione, ma di verifica della rispondenza della prestazione a quanto richiesto;

La distinzione è importante:

- sia ai fini fiscali e contributivi, rientrando nella prima fattispecie solo le prestazioni il cui valore annuo non superi 5.000 euro (cfr. par. 8 circ. F.P. n. 2/2008)

- sia in relazione agli adempimenti cui sono tenute le amministrazioni committenti, visto che le "collaborazioni occasionali" non sono soggette alla restrittiva disciplina giuridica (ex par. 7 della circolare n. 2/2008 F.P.) prevista dall'art. 7 c. 6 D.Lgs. n. 165/2001 s.m.i..

4. Ambito di applicazione

Per quanto detto al paragrafo n. 2, si evince che, a prescindere del "*nomen juris*" (consulente, esperto, libero professionista, ecc.) utilizzato, tutte le nomine di professionisti esterni effettuate dalle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 1 comma 2 del D.Lgs. n. 165/01, quale regola generale, sono soggette alla disciplina dettata dall'art. 7 dello stesso decreto legislativo.

Depongono in tal senso la direttiva emanata dalla Funzione pubblica con circolare n. 5/2006 del 21.12.2006, le linee di indirizzo alla legge n. 311/2004 emanate dalla Corte dei Conti a sez. riun. nell'adunanza del 15.2.2005 e la Circ. Presidenza Cons. dei Ministri n. 2/2008.

Tale disciplina, per converso, non si applica:

- **alle prestazioni professionali consistenti nella resa di servizi o adempimenti obbligatori per legge**, qualora non vi siano uffici o strutture a ciò deputati (per esempio incarichi di CTU/CTP, incarichi Tecnici relativamente ai lavori pubblici, incarichi per la rappresentanza in giudizio ed il patrocinio dell'amministrazione);

- **agli appalti ed alle esternalizzazioni** di servizi necessari per raggiungere lo scopo dell'amministrazione;

- **alle collaborazioni meramente occasionali** che si esauriscono in una sola azione o prestazione caratterizzata da un rapporto "*intuitu personae*", che consente il raggiungimento del fine e che comportano per loro stessa natura una spesa equiparabile ad un rimborso spese (circ. pres. del cons. 2/2008 par. 7);

- **alla nomina presso organi di valutazione e di controllo interno** (per questi ultimi cfr. Circ. Pres. del Cons. dei Min. n. 2/2008 par. 7).

5. L'incarico di esperto negli EE.LL.

Rientrano (cfr. circ Min Funz Pubbl. n. 2/2008) nell'ambito della disciplina generale dettata dall'art. 7 del D.Lgs. n. 165/01 anche gli incarichi di "esperto" previsti dall'art. 14 della L.R. n. 7 del 18/8/92.

Quest'ultima norma prevede espressamente:

- il numero massimo degli esperti nominabili da ogni ente locale;
- il possesso di documentata professionalità in capo al soggetto da nominare (si segnala a tal proposito che l'art. 3 lett. b della L.R. n. 19/97, individua espressamente quali sono i requisiti che il nominato deve necessariamente possedere);
- le modalità di determinazione del compenso da corrispondere (pari a quello globale previsto per i dipendenti in possesso della seconda qualifica dirigenziale);
- gli obiettivi specifici da perseguire.

Essendo il D.Lgs. n. 165/2001 cronologicamente posteriore alla L.R. n. 7/1992, non vi è dubbio che per la nomina, i requisiti indicati da quest'ultima vanno integrati con quelli richiesti dall'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001. A tal proposito, è opportuno evidenziare che anche l'incarico di esperto non può riguardare atti che possono essere posti in essere dalle strutture burocratiche o dagli amministratori dell'ente (cfr. sentenza Corte dei Conti dell'11.7.2008 n. 3338/2008 sez. giurisdizionale per la Regione Siciliana).

6. La scelta del consulente/esperto

Per pervenire ad una corretta individuazione del consulente, dunque, prima di conferire l'incarico, la P.A. dovrà procedere:

a) ad approvare un regolamento per la disciplina del conferimento degli incarichi, in conformità a quanto previsto dalla direttiva della F. Pubblica dell'11.3.2008 e dalla delib. n. 25/2010 C. dei C.;

b) a deliberare l'indizione di apposito avviso pubblico, motivandone la necessità specificando, in particolare, la carenza di idonee professionalità nell'ambito dell'ente/azienda pubblica (cfr. da ultimo delib. C dei C. 25/2010);

c) a pubblicare il relativo avviso pubblico, con l'indicazione di tutti i requisiti di ammissione e le modalità di valutazione dei titoli;

d) a procedere alla valutazione comparativa dei curricula dei candidati;

e) a procedere alla stipula del contratto di lavoro autonomo con l'indicazione di tutti gli elementi previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001 con atto di data certa;

f) a trasmettere l'atto alla Corte dei conti come specificato dalla circ. 17/2005 e dalla delib. Corte dei conti 17/2005 (quest'ultima prevede l'invio anche degli incarichi degli esper-

ti laddove testualmente recita: “...tra gli incarichi, per i quali la legge n. 311 del 2004 ha previsto la trasmissione degli atti di conferimento degli incarichi, rientrano anche quelli attribuiti dai sindaci dei comuni in base all’art. 14 della legge regionale n. 7 del 26 agosto 1992”);

g) ad ottenere la preventiva autorizzazione prevista per le aziende e gli enti del S.S.R. (cfr. par. 13).

Ne discende che, ove non venissero rispettate le suddette procedure, l’affidamento dell’incarico in questione sarebbe illegittimo (salvo dimostrate ipotesi di necessità ed urgenza) e darebbe luogo a responsabilità civile, penale ed amministrativa (si segnala, per il mancato possesso dei requisiti soggettivi dei nominati, la sentenza della Corte dei Conti sez. giurisdizionale per la Regione Siciliana n. 3338/2008 del 11.7.2008 e, per il mancato espletamento di una procedura comparativa debitamente pubblicizzata, la sentenza del TAR Piemonte sez. I del 17 luglio - 29 settembre 2008 n. 2106 e il relativo commento pubblicato su “guida al diritto” n. 42 del 25.10.2008).

7. Accertamento dei requisiti

Gli artt. 3 - 4 della L.R. n. 19/1997, espressamente prevedono il preventivo accertamento dell’esistenza dei requisiti soggettivi in capo al candidato alla nomina.

Quindi, in tale sede dovrà accertarsi:

1) il possesso dei requisiti di ammissione all’incarico, analoghi a quelli richiesti per l’assunzione al pubblico impiego;

2) il possesso dei requisiti culturali necessari per ricoprire l’incarico. A tal proposito, sembra illuminante la sentenza C. dei C. dell’11.7.08 n. 3338/2008 sez. giurisdizionale per la Regione Siciliana sui requisiti professionali che i consulenti/esperti devono possedere, nonché la circ. Pres. Cons. dei Min. n. 2/2008 (cfr. par. 2), laddove definisce il concetto di particolare “comprovata specializzazione universitaria”;

3) la mancanza di altri incarichi pubblici in capo al soggetto da nominare (cfr par. 8);

4) l’assenza di cause di incompatibilità (cfr. par. 9);

5) l’esistenza per i pubblici dipendenti dell’autorizzazione ex art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001 (cfr. par. 9);

8. Divieto di cumulo

Il legislatore regionale, ha previsto espressamente il cd divieto di cumulo all’art. 3 della LR n. 22/1995 s.m.i. (come modificata dalle LL.RR n. 19/97, L.R. n. 10/1999 n. 2/2007 dall’art. 61 L.R. n. 6/2001), norma interpretata dall’Ufficio legislativo e legale della regione siciliana con parere n. 101 del 2007.

In particolare, è stato previsto che presso le amministrazioni attive, consultive o di controllo della regione siciliana salvo deroghe di legge:

- i pubblici dipendenti non possono ricoprire più di due incarichi;
- i liberi professionisti non possono rivestire contemporaneamente più incarichi;
- nessuno può ricoprire lo stesso incarico per più di tre mandati consecutivi.

Il divieto di cumulo non si applica per le nomine:

- degli organi elettivi della regione siciliana (art. 1 L.R. n. 22/1995);
- di competenza dell'assemblea reg. siciliana (art. 1 L.R. n. 22/1995);
- dei dipendenti dell'amministrazione regionale nominati nei collegi dei revisori in rappresentanza dell'amministrazione regionale (L.R. n. 10/1999 art. 67);

9. Incompatibilità

L'art. 3, L.R. n. 28.3.1995 n. 22 l'art. 5, L.R. n. 19/1997, l'art. 61, L.R. n. 6/2001 e l'art. 7, L.R. n. 21/2001, disciplinano le c.d. incompatibilità, specificando che:

1. non possano ricoprire detti incarichi:

- a) i membri del Parlamento nazionale ed europeo, della Giunta e dell'Assemblea Regionale Siciliana;
- b) i componenti degli organi consultivi o di vigilanza o di controllo, tenuti ad esprimersi sui provvedimenti degli enti od organismi ai quali la nomina o designazione si riferisce;
- c) i magistrati ordinari, amministrativi o contabili;
- d) gli avvocati o procuratori presso l'Avvocatura dello Stato;
- e) gli appartenenti alle forze armate in servizio permanente effettivo;
- f) i dipendenti dello Stato, della Regione o di altra amministrazione, i quali assolvano mansioni inerenti direttamente all'esercizio della vigilanza o del controllo sull'organo nel quale avviene la nomina o la designazione.

2. Non possono ricoprire gli incarichi coloro che si trovano in conflitto di interesse con riferimento agli incarichi stessi e in particolare coloro che abbiano contenziosi civili o amministrativi pendenti nei confronti dell'ente interessato alla nomina.

3. La nomina è inefficace se al momento dell'accettazione l'eventuale incompatibilità non sia cessata con le dimissioni dalla carica ricoperta o con l'aspettativa.

4. Il verificarsi di conflitti d'interesse o di cause di incompatibilità successivamente all'assunzione dell'incarico, comporta la decadenza dall'incarico dei soggetti nominati o designati qualora l'interessato non provveda a determinarne la cessazione.

5. Nel caso di cui al comma 4, il presidente dell'organo che ha provveduto alla nomina o designazione accertata anche d'ufficio la sussistenza del conflitto di interesse o della

causa di incompatibilità, invita l'interessato a farli cessare entro 10 giorni dal ricevimento della relativa comunicazione; trascorso inutilmente tale termine, l'organo competente dichiara, con provvedimento motivato, la decadenza del soggetto dalla carica ricoperta.

Infine, deve precisarsi che i pubblici dipendenti (art. 53 del D.Lgs. n. 165/01) visto il loro "status", per evitare l'incompatibilità, prima di essere nominati presso un'altra pubblica amministrazione devono essere autorizzati dall'amministrazione di appartenenza.-

10. La copertura finanziaria

Le consulenze possono conferirsi solo rispettando i tetti di spesa, tempo per tempo, definiti dalle leggi finanziarie.

Ne discende che, la determina/delibera di nomina, certamente produttiva di spese, deve essere vistata dal competente servizio finanziario, prevedendo anche i cd costi indiretti (quali i rimborsi spesa).

La mancata copertura finanziaria causa la **nullità di diritto** dell'atto ex art. 13 della L.R. n. 44 del 3.12.1991, art. 55 c. 5 della L. n. 142 dell'8.6.90 e dalla circolare dell'Assessorato Regionale Bilancio e Finanze n. 19 del 17.7.2003 che al punto 3 ultimo comma testualmente recita "*Resta fermo il richiamo ai vertici dell'ente e in modo particolare all'organo di revisione interna a vigilare affinché non vengano posti in essere in alcun modo atti che comportino oneri anche indiretti non coperti dal pertinente stanziamento del bilancio dell'ente*".

Per gli enti del S.S.R. vige la stessa regola (nullità dell'atto "ope legis") sancita dalla L.R. n. 23/2002 art. 27, dalla L.R. n. 17/2004 art. 50, dalla L.R. n. 44/91 art. 13, dalla L. n. 181/1982 art. 13, dalla circ. ass. reg. bilancio n. 19/2003 e da ultimo ribadita con la circolare dell'Ass. Reg. alla Salute n. 4293 del 17/4/09.

11. Legittimità degli incarichi a titolo gratuito

In presenza di sempre più restrittivi vincoli finanziari, si è ingenerata la prassi di conferire incarichi di consulenza e/o di esperto "gratuiti" con diritto al solo rimborso spese, ritenendo che ciò li esonerasse dal seguire le norme sopra indicate.

In realtà, tali incarichi sarebbero illegittimi, in quanto:

a. le norme sulla scelta vanno comunque applicate dalla P.A. in mancanza di una norma del legislatore che preveda il contrario;

b. i rimborsi spese, comunque, costituiscono un costo per cui occorre che l'atto di nomina sia munito di apposita copertura finanziaria (come chiarito dalla circolare dell'ass. reg. al bilancio n. 19/2003);

c. in presenza di norme di legge che definiscano l'ammontare del compenso da pagare, è facile prevedere un futuro contenzioso, con la formazione di un debito fuori bilancio;

d. i codici di deontologia professionale, di norma, prevedono che i professionisti non possono effettuare prestazioni professionali per compensi inferiori ai minimi tariffari, configurandosi diversamente illegittima concorrenza.

Ne consegue che il ricorso alla consulenza gratuita è spesso configurabile come un tentativo di aggirare le norme sulla contabilità pubblica e quelle che (in ossequio ai principi di imparzialità, buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione), stabiliscano le procedure da seguire per l'individuazione del nominabile.

A rafforzare tale tesi è intervenuta la Corte dei Conti della regione Calabria (sez. controllo in sede consultiva deliberazione n. 395 del 2.8.2010 - pubblicato su "Norma" del 28.10.2010), che ha dichiarato inammissibile la nomina di personale all'ufficio staff con riconoscimento del solo rimborso delle spese sostenute e con esclusione di qualsiasi compenso per l'attività svolta, perché incompatibile con l'art. 90 del T.U.E.L. (il quale dispone che al personale assunto con contratto di lavoro a t.d. si applichi il C.C.N.L. del personale degli enti locali) definendo tale norma imperativa e inderogabile.

Questo parere, pur riferendosi a personale assunto con contratto a lavoro subordinato, fissa tuttavia il principio secondo il quale quando la norma prevede il metodo di calcolo del compenso da corrispondere non è derogabile da parte della P.A..

Ne discende che, ove la legge espressamente preveda il compenso da riconoscere ai consulenti/esperti, in applicazione del principio prima citato, è illegittimo l'incarico loro conferito gratuitamente.

12. Gli obblighi di pubblicità

Con circolare dell'11.3.2008 n. 2/2008 (in G.U.R.I. serie generale n. 143 del 20.6.08) e con circ. 5/2006, il Dip. Funz Pubbl. ha emanato precise direttive in materia di pubblicità delle consulenze esterne.

In particolare, al fine di assicurare il principio di trasparenza nel conferimento degli incarichi a soggetti esterni, il legislatore ha previsto che le PP.AA. debbano:

a. rendere noti mediante pubblicazione nel proprio sito web, i provvedimenti di incarico con l'indicazione del soggetto percettore del compenso e della ragione dell'incarico (art. 3 c. 54 L.F. 2008) pena l'inefficacia del contratto. Qualora sia omessa la pubblicazione la liquidazione del compenso costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto.

b. Comunicare al Dipartimento per la funzione pubblica (presso cui la L. n. 412/1991 ha istituito l'anagrafe delle prestazioni) i compensi percepiti dai propri dipendenti (art. 53 D.Lgs. n. 165/2001) nonché l'elenco dei collaboratori esterni, precisando che il mancato adempimento comporta l'impossibilità di conferire nuovi incarichi.

13. La particolare disciplina prevista per le aziende sanitarie e gli enti pubblici del settore della Regione Siciliana

Per conferire incarichi di consulenza presso le Aziende Sanitarie del Servizio Sanitario Siciliano e presso gli enti pubblici del settore, il legislatore regionale ha introdotto un'ulteriore condizione.

Recita infatti l'art. 21 della legge regionale n. 5/2009 (Divieto di esternalizzazione di funzioni) che:

1. *“E' fatto divietodi affidare mediante appalto di servizi o consulenze esterne l'espletamento di funzioni il cui esercizio rientra nelle competenze di uffici o unità operative aziendali.*

2. *Nei casi di comprovata necessità derivante da carenza di organico....è possibile derogare al divieto...con provvedimento del direttore generale adeguatamente motivato e nel rispetto delle modalità operative previste dal comma 6 dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e successive modifiche ed integrazioni, da sottoporre alla preventiva autorizzazione dell'assessorato regionale della sanità e da comunicare successivamente alla corte di conti.*

3. *La violazione delle disposizioni di cui ai commi precedenti comporta diretta responsabilità, anche patrimoniale, del direttore generale.”*

Da quanto sopra si evince:

a) il rinvio del legislatore regionale in campo sanitario alla disciplina generale del D.Lgs. n. 165/2001, per cui dovranno applicarsi anche in Sicilia le procedure prima descritte;

b) l'ulteriore onere posto a carico delle aziende sanitarie, ossia l'ottenimento della preventiva autorizzazione regionale.

Enna 10 gennaio 2011.